

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

**TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA
ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA**

FERNANDO DE BRITO ALVES

GABRIELA MAIA REBOUÇAS

ISAAC COSTA REIS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teorias da justiça, da decisão e da argumentação jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Fernando De Brito Alves; Gabriela Maia Rebouças; Isaac Costa Reis - Florianópolis:
CONPEDI, 2017

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-419-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Igualdade 3. Princípios. 4. Filosofia.

XXVI Encontro Nacional
do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

TEORIAS DA JUSTIÇA, DA DECISÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Apresentação

O XXVI Encontro Nacional do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, ocorrido em Brasília entre os dias 19 e 21 de julho de 2017, teve como tema central "Desigualdades e Desenvolvimento: o papel do Direito nas Políticas Públicas."

Ao longo de três dias, professores e pesquisadores de todo o Brasil debateram os principais temas ligados aos aspectos práticos e teóricos de sua atividade. Nesse contexto, o Grupo de Trabalho intitulado "Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica I" ocorreu na tarde do terceiro dia, sob a coordenação dos Professores Dr. Fernando de Brito Alves, da Universidade Estadual do Norte do Paraná, Dr.^a Gabriela Maia Rebouças, da Universidade Tiradentes/SE e Dr. Isaac Reis, da Universidade de Brasília- UnB.

Os trabalhos foram agrupados em blocos temáticos, visando possibilitar um diálogo mais profícuo dos temas. Após um conjunto de apresentações individuais, seguiu-se ao debate, que primou pela escuta atenta, pela colaboração entre os pares e pela problematização dos coordenadores, no intuito de qualificar e adensar as pesquisas, propondo melhorias na delimitação de seus objetos, de forma que todos os presentes manifestaram o apreço de se sentirem contemplados .

O primeiro grupo de trabalhos tratou de temáticas ligadas a igualdade, diferença e desigualdade, indo de questões como o acesso à terra e cotas raciais, até a discussão sobre o conceito de sujeito na modernidade e na pós-modernidade. No segundo bloco, as pesquisas giraram em torno das teorias e processos decisórios no Direito: ponderação de princípios, discricionariedade, ônus da prova, eficiência e argumentação estiveram entre os temas destacados. O terceiro bloco teve como foco as teorias da justiça e suas exigências nos processos decisórios, tanto judiciais quanto em matéria de políticas públicas. Um quarto bloco de pesquisas priorizou a abordagem de questões teóricas ligadas a aspectos linguísticos, argumentativos e justificativos do Direito enquanto prática decisional, ao passo que o último grupo de trabalhos buscou a aplicação das teorias na análise de discursos e decisões acerca de questões como união homoafetiva, direito à saúde e trabalho escravo.

Como conclusão, o grupo afirmou a tendência da área de Filosofia do Direito (e suas subdivisões) de caminhar na direção de pesquisas que utilizem os marcos teóricos

efetivamente como instrumentos para a análise de problemas jurídico-sociais concretos (teóricos ou práticos). Criticou-se a utilização de teorias desvinculadas de suas condições reais de produção e das questões a que elas procuraram, a seu tempo, dar respostas, apontando para um paradigma de pesquisa no qual os autores e teorias mainstream sejam compreendidos a partir de sua realidade econômica, política e social.

As contribuições apresentadas deixaram patente que as comunidades acadêmicas ligadas ao GT, oriundas de diversos grupos de pesquisa e linhas dos programas stricto sensu no Brasil, com representatividade de todas as regiões – norte, nordeste, centro oeste, sul e sudeste – estão em processo de autoquestionamento e franco desenvolvimento, adensando e qualificando o debate, o que seguramente contribuirá para o aumento da qualidade da Pós-Graduação em Direito no Brasil.

Prof. Dr. Fernando De Brito Alves - Universidade Estadual do Norte do Paraná

Prof.^a Dr.^a Gabriela Maia Rebouças - Universidade Tiradentes

Prof. Dr. Isaac Reis - Universidade de Brasília (UnB)

O DIREITO DA LIBERDADE À LIBERDADE DO DIREITO: UMA LEITURA DO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO A PARTIR DA JUSTIÇA SOCIAL DE AXEL HONNETH

THE LAW OF FREEDOM TO THE FREEDOM OF LAW: A INTERPRETATION OF BRAZILIAN PRIVATE LAW FROM ALEX HONNETH' SOCIAL JUSTICE

Gustavo Lyrio Julião ¹
Ricardo Ribeiro Dos Santos ²

Resumo

Este estudo analisa a obra “O Direito da Liberdade”, de Axel Honneth, especialmente as críticas a um modelo de justiça e de liberdade juridificada e que supostamente desconsideram a realidade social. Utilizando-se da “reconstrução normativa” proposta pelo autor, busca-se demonstrar, a partir de exemplos do direito privado brasileiro, a possibilidade de simbiose entre o modelo de justiça social de Honneth e a liberdade jurídica, sem cair no erro de limitar a realidade social à normas abstratas e os sujeitos em meras entidades jurídicas, desvinculados de seus interesses próprios.

Palavras-chave: Teoria da justiça, Liberdade social, Axel honneth, Direito civil, Direito processual civil

Abstract/Resumen/Résumé

This study examines Axel Honneth's work “The law of freedom”, especially the author's criticisms of a model of justice and juridical freedom that supposedly disregards the social reality. Using the "normative reconstruction" proposed by the author, it is tried to demonstrate, from examples of Brazilian private law, the possibility of symbiosis between Honneth's model of social justice and legal freedom, without falling into the error of limiting the social reality to the abstract norms and the subjects in mere legal entities, dissociated from their own interests.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Theory of justice, Social freedom, Axel honneth, Civil law, Civil procedural law

¹ Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários.

² Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo. Advogado.

1. Introdução

Este estudo analisa a obra “O Direito da Liberdade” de Axel Honneth, especialmente as críticas a um modelo de justiça e de liberdade juridificada e que supostamente desconsideram a realidade social.

Utilizando-se da “reconstrução normativa” proposta pelo autor, busca-se demonstrar, a partir de exemplos do direito brasileiro, a possibilidade de simbiose entre esse modelo de justiça social de Honneth e a liberdade jurídica, sem cair no erro de limitar a realidade social à normas abstratas e os sujeitos em meras entidades jurídicas, desvinculados de seus interesses próprios.

Para tanto, é imprescindível iniciar apontando as premissas e conceitos utilizados por Honneth para, então, analisar a relação do direito, como meio a possibilitar a liberdade, e a realidade social, como local de sua efetivação.

2. Premissas de “O Direito da Liberdade”: a reconstrução normativa da Teoria da Justiça e, consequentemente, da liberdade

Em “O Direito da Liberdade”, Axel Honneth (2015) demonstra que uma teoria da justiça não deve ser desvinculada das relações sociais.

Desde o início de sua obra, é realizada uma crítica à juridificação das relações intersubjetivas e do conceito de justiça, observando que o sistema jurídico acaba por impor condições abstratas aos sujeitos, sem se atentar para as relações sociais e outras instituições reconhecidas socialmente, das quais também surgem um ideal de justiça.

Honneth aponta, especificamente ao que interessa a este ensaio, a superficialidade de um ideal de justiça sempre vinculado às categorias do direito, que não seriam “suficientes para abarcar seus princípios de validade e formas sociais específicas” (2015, p.126).

O autor conclui que há uma contradição na tendência moderna de desenvolver uma teoria da justiça com base unicamente em figuras do pensamento jurídico, tendo como consequência “a perda de toda atenção ao fato de que as condições de justiça podem ser dadas não apenas sob a forma de direitos positivos, mas também sob a forma de atitudes, modos de tratamento e rotinas de comportamentos favoráveis” (HONNETH, 2015, p.127).

Seguindo estas críticas, em “O Direito da Liberdade”, tenta-se elaborar uma teoria de justiça na forma de uma análise social, que não seja circunscrita à princípios formais (CAMPELLO, 2013, p. 127). Utiliza-se como fonte a filosofia do direito de Hegel, fixando a

premissa de que a *luta por reconhecimento* intersubjetivo é imprescindível para o desenvolvimento da liberdade individual do sujeito, tendo, na sociedade moderna, três esferas em que este reconhecimento ocorrerá, embora de maneiras distintas: nas relações pessoais, por meio do amor; no mercado, pelo reconhecimento da existência de direitos individuais, e no estado, entendido por Honneth como a participação na formação da vontade política, reconhecido pela solidariedade entre os membros inseridos em sociedade.

É apresentada a liberdade como algo central na vida social e que, participando ativamente em cada umas daquelas esferas do reconhecimento, pode ser alcançada (SOBOTTKA, 2013, p.147). Partindo dessa constatação, Honneth crê que o ideal de justiça na modernidade se resume em um valor: o da liberdade individual, assumindo inúmeras acepções que serão analisadas adiante (negativa, reflexiva e social)¹.

Portanto, para Honneth, a liberdade é um princípio fundamental da justiça.

Destarte, uma teoria da justiça por Ele elaborada tende a analisar em quais acepções que este ideal de autonomia tem sido tratado historicamente, utilizando-se da *reconstrução normativa* como método, por meio do qual avaliará criticamente os valores construídos nas instituições modernas, que permite identificar um ideal próprio de liberdade ao decorrer da história. Segundo Sobottka, “esse procedimento evita, para Honneth, que a teoria da justiça seja articulada por uma filosofia que perdeu seu vínculo com a vida social e, por conseguinte, também sua relevância social” SOBOTTKA, 2013, p.161).

Também na introdução de “Direito da Liberdade”, o autor explicita o sentido e a finalidade do método empregado:

“Por ‘reconstrução normativa’ entende-se o processo pelo qual se procura implantar as intenções normativas de uma teoria da justiça mediante a teoria da sociedade (...) Tendo em vista seus esforços normativos, as instituições e práticas são analisadas e apresentadas à medida que se mostram importantes para a materialização e realização de valores socialmente legitimados. Com relação a esse processo, ‘reconstrução’ deve significar que, tomando-se o conjunto das rotinas e instituições sociais, são escolhidas e representadas unicamente as que possam ser consideradas indispensáveis para a reprodução social” (HONNETH, 2015, p.64).

A teoria da justiça por Ele elaborada, repita-se, é uma teoria crítica pautada em uma revisão e constante fiscalização das normas institucionalizadas, visando aliar o conteúdo teórico

¹ Já na introdução de “O Direito da Liberdade”, Honneth adverte que os valores vigentes “nas sociedades liberal-democráticas modernas se fundem em um único valor – a liberdade”, tendo como premissa que toda “esfera constitutiva de nossa sociedade materializa institucionalmente um determinado aspecto de nossa experiência de liberdade individual” (2015, p. 10).

à realidade social, por meio do que convencionou chamar de *reconstrução normativa*. Honneth estabelece quatro premissas para desenvolvê-la:

A primeira premissa é reconhecer que a reprodução social de uma sociedade é determinada por valores comuns, desde que sejam valores compartilhados².

A segunda premissa desta reconstrução normativa é a investigação para identificar aqueles ideais e valores que podem ser tomados como referência moral de uma justiça. Sendo assim, é justo aquilo que, na prática das instituições e em determinado contexto, visa realizar os valores considerados gerais em cada uma delas.

Como terceira premissa, não basta reconhecer a existência de valores e identificá-los. É necessário que os traços e propriedades da realidade social sejam compreendidos. O Autor se preocupa em não tratar a realidade social como objeto pressuposto, dado e suficientemente analisado, mas cujos elementos identificadores sejam ressaltados, especificados e diferenciados, a fim de demonstrar quais esferas sociais produzem determinadas contribuições à garantia e à realização dos valores já institucionalizados na sociedade (HONNETH, 2015, p.27).

De certo modo, a premissa pode ser resumida em uma atividade de determinação seletiva daqueles valores que, dentro da diversidade virtualmente infinita, contribuem para a efetivação dos propósitos comuns dos sujeitos (SOBOTKA, 2013, p.163). A reconstrução normativa depende, neste estágio, da seleção de valores, dentro da diversidade da realidade social, que sejam capazes de assegurar e realizar aqueles valores tidos como universais e estabelecidos na premissa anterior.

Por fim, a quarta premissa: após aquelas fixadas anteriormente, o autor demonstra que a identificação e determinação dos valores não é suficiente, mas deve ser possível também criticar as instâncias da eticidade já existentes (HONNETH, 2015, p.30). Nesse momento, investiga-se quando as instituições ou práticas éticas deixam de representar os valores que incorporam, revelando momentos de déficits e rupturas que impedem as garantias de liberdade individual mediada social e institucionalmente (CAMPELLO, 2013, p.189).

Com base nos quatro “enunciados” que compõem a reconstrução normativa, Honneth busca dar sentido a uma teoria crítica da justiça, preocupado em se desvencilhar de uma teoria juridicizada e demasiadamente científica – despreocupada de sua concretização na realidade.

² “Toda sociedade é, em certa medida, uma encarnação do espírito objetivo, porque suas instituições, suas práticas e rotinas sociais refletem convicções normativas compartilhadas quanto aos objetivos de interação cooperativa” (HONNETH, 2015, p.21).

Analisando mais a fundo estas quatro asserções propostas pelo Filósofo, vislumbra-se tratar não de meras premissas, mas de um verdadeiro *procedimento* metodológico, a fim de que seja possível aplicar a análise estabelecida em o “Direito da Liberdade”³ em investigações de outras realidades delimitadas no tempo, ou no espaço.

Dito de outro modo, as “premissas”, em verdade, aparentemente são estágios de um procedimento metodológico que visa, cada um deles, depurar as práticas institucionalizadas, a fim de, a cada passo, encontrar e investigar criticamente os valores generalizados que permitam que os indivíduos, dentro das instituições, desenvolvam seus próprios projetos de vida.

Talvez por estes “estágios” não seguirem uma cronologia evidente, é que o autor prefere chamá-los de “premissas”. O que importa é que por este método, Honneth pretende, como já dito, alterar o modo como se estuda a teoria da justiça, deslocando o caráter jurídico para um debate sobre os modos de realização do conceito de liberdade individual mediada social e institucionalmente (CAMPELLO, 2013, p.190).

Na primeira parte de “O Direito da Liberdade”, são identificadas historicamente as três principais formas de liberdade: a negativa, a reflexiva e a social. Compreendê-las é essencial para identificar como, na modernidade e no modelo de direito privado atualmente vigente, sobretudo na realidade brasileira, é possível maior simbiose entre o direito e a justiça, de tal modo a relativizar às críticas estabelecidas à teoria da justiça.

3. Os Modelos de Liberdade

No processo de reconstrução normativa proposta em “O Direito da Liberdade”, Honneth assume o que seriam três modelos de liberdade construídos historicamente.

Primeiramente, o Autor descreve a concepção de liberdade negativa. Afirma que essa noção surge das guerras civis religiosas deflagradas na Europa entre os séculos XVI e XVII, mas ganhando maior relevância sobretudo na criação dos Estados liberais e com o desenvolvimento do capitalismo.

Nesta acepção, o indivíduo autônomo é aquele que age por causalidade, sem que haja impedimentos externos ou pessoais, nem mesmo a necessidade de prestar contas a terceiros. É livre na medida em que ninguém ou nenhum grupo de indivíduos interfira nas suas decisões. Para saber se o sujeito é livre, deve-se investigar *qual área* que o sujeito está isento das interferências dos outros.

³ É importante notar que Honneth toma como base a investigação das três esferas institucionais basilares propostas por Hegel (relações pessoais, mercado e estado), mas focando na realidade europeia, sobretudo a germânica.

Indo além da existência destes elementos externos, com base em Sartre, o Autor demonstra que neste tipo de liberdade, nem mesmo as finalidades das condutas humanas e os desejos se tornam relevantes, de modo que as forças que operam para a tomada de determinadas ações são causais, não sendo necessário “nenhum passo adicional na reflexão, uma vez que para a realização da liberdade não cabe a justificação dos propósitos em virtude de pontos de vista de grau superior” (HONNETH, 2015, p. 49).

A noção de liberdade negativa assemelha-se com o agir humano em Hobbes, uma “liberdade natural”, amoral, como algo quase que inerente à natureza e aos instintos humanos. Contudo, para sair do estado de beliciosidade hobbesiana, o Estado apresenta-se como instituição adequada para a determinação dos princípios que devem prevalecer numa sociedade, o que ocorrerá por meio de um ordenamento jurídico, que apenas terá legitimidade quando estiver em condições de satisfazer as expectativas individuais de cada sujeito (HONNETH, 2015, p.54).

A ideia da liberdade negativa, segundo Honneth, se aproxima de uma concepção liberal, impondo o ordenamento jurídico como forma de possibilitar aos sujeitos que, embora tenham suas liberdades restringidas por normas institucionalizadas, possam tomar decisões e serem reconhecidos.

A outra concepção de liberdade é a reflexiva. Honneth se inspira nos modelos elaborados por Isaiah Berlin (1981), que explicita que, enquanto naquela primeira forma de liberdade haveria uma liberdade *de* algo, ou seja, relacionado a estar desembaraçado de quaisquer amarras, a liberdade positiva, ou reflexiva, impõe um desejo de se autogovernar.

Neste momento, o autor retorna ao tempo, estabelecendo um tipo de liberdade concebida pelos antigos gregos, em que o indivíduo tinha plenas condições de chegar às suas próprias decisões e realizar a sua vontade (HONNETH, 2015, p.58).

O homem se coloca como senhor de suas próprias razões, estabelecendo consigo mesmo o questionamento de *que* ou *quem* é a fonte controladora ou de interferência de seu agir. Assume uma noção de ser o protagonista de suas ações, sendo livre à medida em que obedece às normas de conduta que ele próprio se impõe.

A liberdade *reflexiva* literalmente “pressupõe um *esforço reflexivo*” do indivíduo, que possui um ato de autolegislação ou uma determinação de seus próprios desejos: assim, sou livre somente à medida que estou em condições de orientar minha ação para objetivos estabelecidos de maneira autônoma ou em relação a desejos autênticos (HONNETH, 2015, p.84).

Em Isaiah Berlin, esta mesma liberdade ganha o adjetivo de *positiva*, derivado do desejo do indivíduo de ser seu próprio mestre, de modo que *minha vida* e *minhas decisões*

dependam de mim, não de forças externas; desejo de ser o meu próprio instrumento de realizações, mas não dos atos de vontade de outros homens; desejo de ser sujeito e não objeto; de ser movido por propósitos conscientes próprios, e não por causas que me afetam por fora.

Nota-se que a noção de uma liberdade reflexiva ou positiva tem ligação direta a uma *racionalização da conduta*, em um agir não mais com base em extintos ou efeitos. A partir daí, Honneth faz uma ponte em direção à moral, assumindo um modelo kantiano de liberdade racionalizada.

Alicerçado nas duas formas de liberdade mencionadas, o Autor observa que o agir humano ainda é tomado de forma egoísta (*minhas decisões, minha vida*). Na obra, há um claro paralelo entre estes dois tipos de liberdade com o direito e a moral.

A liberdade negativa, assumindo seu caráter liberal, se efetivaria por meio do ordenamento jurídico, enquanto a reflexiva, como mencionado, por meio da moralidade. O direito e a convicção moral efetivam uma ideia de liberdade, gerando nos seus participantes uma expectativa normativa legítima. E corresponder a essas expectativas é tarefa das instituições para que possam ser consideradas justas (SOBOTTKA, 2013, p.165).

Dando seguimento a uma teoria crítica da justiça, Honneth avalia criticamente estes modelos de liberdade ao longo da história, que assumem o que ele denomina de *patologias sociais*. Seriam práticas sociais que não mais se legitimam, eis que se distanciam de um ideal de liberdade onde o indivíduo pode se colocar como sujeito autônomo e ser assim reconhecido.

A análise das patologias da liberdade jurídica serão objeto de análise no próximo tópico, cabendo neste momento apenas uma sucinta explanação: na liberdade jurídica, Honneth destaca a excessiva juridificação de todas as esferas das vidas, onde as normas abstratas acabam por sobrepor a própria vontade das partes.

O Filósofo faz uma crítica à ideia moderna de que uma teoria da justiça está sempre vinculada a teoria do direito, tornando os sujeitos como indivíduos abstratos (“entidades jurídicas”), excluindo da análise da justiça e, conseqüentemente, da liberdade, outros sistemas de ações institucionalizados, tais como as relações afetivas⁴.

As patologias da liberdade social, em síntese, são tidas como o moralismo e o terrorismo, que dizem respeito à expansão de um ponto de vista ético parcial para a generalidade (SIMIM, 2016, p.653).

⁴ “Os sujeitos cada vez mais tendem a planejar suas ações do ponto de vista de suas perspectivas de êxito diante de um tribunal, gradativamente perdem o sentido para os assuntos e propósitos não sujeitos a articulação jurídica”. (HONNETH, 2015, p.164)

No delinear de “Direito da Liberdade”, Honneth leva a crer que a liberdade negativa e a reflexiva não são integrais, pois realizam apenas parte de uma verdadeira noção de liberdade. O Autor entende que uma verdadeira liberdade deve transcender às relações do sujeito para consigo mesmo.

Com isso, apresenta-se uma terceira noção de liberdade: a social. Segundo Honneth, apenas por meio dela é que os sujeitos poderiam exercer o mais próximo do máximo potencial da liberdade. Tomando como base uma releitura das obras de Hegel, cuida de trazer uma ideia de destacamento, transcendendo as noções de liberdade egoísticas e visando um modelo embasado na liberdade social, cooperativa, reinserindo o sujeito nas relações intersubjetivas, por meio das instituições.

A liberdade social pode ser resumida em uma releitura de Hegel, em que o autor reconhece que, para ser livre, há a necessidade de *reconhecimento recíprocos*.

Neste novo aspecto da liberdade, compreende que o sujeito apenas é livre quando encontra, no outro, o reconhecimento e a cooperação. Apresenta-se na forma do “se em si mesmo no outro” (HONNETH. 2015, p.87). A ideia de liberdade social pressupõe uma relação de reconhecimento que se adquire quando os sujeitos estão inseridos em instituições.

Portanto, Honneth defende um modelo de liberdade institucionalizado, eis que as instituições, assim entendidas como práticas reiteradas, são os locais onde os sujeitos se reconhecem reciprocamente. Portanto, garantir a participação em instituições é garantir a própria liberdade.

Somente por meio das instituições sociais reconhecidas historicamente é que os indivíduos podem conhecer as finalidades e carências recíprocas. São nelas que os sujeitos aprendem a articular, para os outros e de maneira compreensível, suas finalidades, assim como interpretam de maneira adequada os anseios daqueles, antes mesmo de poder se reconhecer reciprocamente (REICH, 2013, p.146).

Neste ponto, há uma clara distinção à Hegel: enquanto este aponta que as instituições estabelecem valores morais, Honneth entende que as instituições é que adquirem eticidade por meio de seus integrantes. É nesse aspecto que o Autor entende a reconstrução normativa: as instituições e a eticidade são pressupostos, mas passam constantemente por reconstrução.

⁵ “A liberdade deixa de ser um elemento da experiência puramente subjetiva no momento em que o sujeito se encontra com outros sujeitos cujos objetivos se comportam de maneira complementar aos próprios” e conclui que “a liberdade até então reflexiva amplia-se para se converter numa liberdade intersubjetiva” (HONNETH, 2015, p.86).

Enfim, a liberdade social pode ser entendida como a possibilidade de conceder, em igual medida aos sujeitos, oportunidade de participarem das instituições de reconhecimento, que, por sua vez, garantem o reconhecimento recíproco sem coerção.

Observa-se que a liberdade social, para Honneth, depende de três pressupostos: o reconhecimento das (i) *instituições sociais*, que são os fundamentos e locais de realização da liberdade, pois são onde se desenvolvem as (ii) *relações intersubjetivas* de reconhecimento, mas que devem ser embasadas na (iii) *cooperação*. A pessoa é reconhecida como sujeito de direitos a partir do momento em que um percebe que as finalidades do outro ecoam na sua própria vida, ao mesmo tempo em que dependem reciprocamente para que sejam realizadas.

Faz-se uma pausa no avanço deste ensaio apenas para firmar algumas constatações: a reconstrução normativa, proposta por Honneth, não segue um caminho cronológico. Tanto é que o autor inicia os estudos das concepções de liberdade tomando como base a liberdade negativa, desenvolvida, segundo ele, principalmente a partir da formação dos Estados Modernos e, posteriormente, retorna a exemplificar a liberdade reflexiva como um modelo da filosofia grega.

Contudo, a forma como são dispostos os conceitos de liberdade propõe uma ideia de gradativo amadurecimento, saindo de seu formato mais individualista (negativa) para, aos poucos, encontrar a socialidade.

Assim como a interioridade religiosa em Santo Agostinho é voltada para uma transcendência humana de encontro a Deus – onde estaria a liberdade - Honneth acidentalmente estabelece um transcender dos impulsos mais naturais às relações intersubjetivas e cooperativas: “não saias fora de ti, volta-te a ti mesmo...transcende a ti mesmo” (AGOSTINHO apud ORDEM DE SANTO AGOSTINHO, 2017).

A liberdade negativa exige o reconhecimento da existência de uma esfera juridicamente protegida, da qual o sujeito pode fazer e desfazer suas condutas segundo seus impulsos não passíveis de ulterior verificação; a segunda esfera, o indivíduo *volta-se* para uma análise de suas condutas, subordinando a liberdade negativa à um formato racional; a terceira esfera, o sujeito *transcende* a suas próprias condutas, atrelando-se à condição de um sujeito cooperante, posto em relações intersubjetivas.

A partir da construção deste terceiro modelo e da especificação de determinadas patologias produzidas por um ideal abstrato de liberdade, Honneth esforça-se em reconciliar as outras duas concepções, negativa e reflexiva, afirmando que “o que nas sociedades modernas significa ‘justo’ não pode ser analisado simplesmente por que e até que instante todos os membros da sociedade dispõem de liberdades negativas ou reflexivas, mas deve antes satisfazer

ao padrão que concederá a esses sujeitos, em igual medida, a oportunidade de participar em instituições de reconhecimento” (HONNETH, 2015, p.117).

4. Liberdade jurídica e patologia social

Honneth reitera a todo instante a necessidade de uma crítica à teoria da justiça desvinculada de uma análise social, cabendo aos indivíduos, inseridos nas instituições, verificarem individualmente se estes locais permitem o exercício do reconhecimento recíproco; ou seja, se ainda se revestem como ambientes legítimos para o exercício da liberdade.

Neste ponto, o Filósofo adverte que não se pode limitar uma concepção contemporânea de justiça à fundamentação de princípios puramente formais na conversão de relações sociais em relações jurídicas.

O autor aparentemente quer deixar claro que Justiça e Direito são conceitos independentes, onde este é essencial para aquele, mas não suficiente. Reforça o argumento de que a ideia de justiça que visa construir não considera as categorias do direito como suficientes para abarcar formas sociais específicas.

No passo seguinte de sua teoria da justiça, Honneth passa a analisar os aspectos da liberdade jurídica, momento no qual investiga as patologias decorrentes da juridicização do conceito de liberdade.

O autor inicia esta análise na Europa do século XVII e XVIII, quando se inicia um forte movimento de positivação do sistema jurídico, dando surgimento a uma esfera de agir autônoma, onde não se demanda assentimento moral, nem acordo ético, mas apenas uma aceitação racional-finalista que, em caso de necessidade, seria coercitivamente proposta pelo Estado (HONNETH, 2015, p.129). Posteriormente, os Estados Liberais, amplamente arraigados por um ideal individualista, constroem sistemas de direitos garantidores da autonomia privada e, sobretudo, do direito quase absoluto à propriedade.

Nas relações sociais, o reconhecimento de uma liberdade estritamente jurídica, ao invés de possibilitar um reconhecimento recíproco, transforma os participantes em entidades jurídicas, de tal modo que a noção de liberdade e de reconhecimento é transferido para a existência de um direito prévio. Ao final, a ideia de liberdade, nada mais é do que uma versão pressuposta e imposta em relação as próprias vontades dos sujeitos, que acabam as aceitando como uma verdade absoluta.

O autor demonstra que essa *rotulação* do sujeito em entidade jurídica, tem como consequência um estado, por assim dizer, de letargia: ela estabelece uma *moratória*, na qual os

sujeitos suspendem a tomada de suas decisões pessoais, sintoma de uma “patologia social”, em que há “notável deterioração das capacidades racionais de membros da sociedade ao participar da cooperação social de maneira competente” (HONNETH, 2015, p.157).

Esse contexto de juridificação das relações resulta em uma orientação quase que exclusiva de uma imagem jurídica da sociedade, fazendo com que os reais motivos de conflitos caiam no esquecimento, sendo traduzida a liberdade como a soma de direitos disponíveis a alguém, ocorrendo uma inversão “de um meio num fim em si mesmo de todo agir” (HONNETH, 2015, p.161).

O sujeito se torna livre não por que o direito garante a sua autonomia e a possibilidade de ser reconhecido reciprocamente; o sujeito é livre porque tem direitos. Portanto, qualquer discurso de liberdade levaria ao erro de considerar a ideia de “sou livre, eis que tenho direitos”, ao invés de se compreender a noção de que “sou livre, eis que o direito me possibilita margens de escolha dentro do que pretendo”.

Os sujeitos, nas suas relações cotidianas, passam assumir “uma atitude estratégica” (HONNETH, 2015, p.163), a fim de impor juridicamente seus interesses ameaçados pelos interesses de outrem, de tal modo que as ações são planejadas segundo uma ótica do êxito que se obteria caso a controvérsia fosse levada ao tribunal.

Essa noção estratégica do direito e da rotulação dos sujeitos como entidades jurídicas, faz com que haja uma objetivação da vida, onde deixa-se de lado o pano de fundo das práticas sociais. Ao invés de necessidades individualizadas, valoriza-se interesses generalizáveis, recorrendo-se a princípios conformadores do direito.

Para exemplificar a patologia social, Honneth analisa detalhadamente o filme *Kramer vs. Kramer*⁶ (HONNETH, 2015, p.166) onde, em decorrência da separação de um casal, passa-se a discutir a guarda do filho. No decorrer do filme, os ex-cônjuges iniciam um duelo no tribunal, agindo estrategicamente e analisando como as consequências de seus atos influenciaram positivamente em uma futura decisão judicial, ao passo que, no plano de fundo, fica a felicidade e a saúde do menor envolvido, bem como as limitações da personalidade e da condição de vida de cada um dos pais.

Não se pode fechar os olhos para as patologias sociais apresentadas por Honneth. Contudo, é preciso ir além e identificar que, em um modelo de direito privado moderno, não é mais possível conceber uma ideia de liberdade jurídica estritamente individualista e negativa,

⁶ *Kramer vs. Kramer*, Columbia Pictures, 1979. Direção: Robert Benton.

sendo cada vez mais clara a necessidade de reconhecimento recíproco, inclusive na esfera das relações privadas. E esta será o objeto de análise do tópico a seguir.

5. Liberdade Social e Direito Civil Brasileiro: a função social do direito material

A ideia de uma liberdade vinculada à existência de instituições que garantam a cooperação e o reconhecimento recíproco é muito mais evidente nas relações dos sujeitos postos como membros de uma sociedade civil e norteadores da formação da vontade pública, sobretudo quando analisado em um cenário de Estado Democrático de Direito.

Contudo, é evidente que o processo de constitucionalização e o reconhecimento de que o ordenamento jurídico deve ser um reflexo dos princípios constitucionais despontam como um avanço no direito privado, que deixa de ser um ambiente de relações pautadas em uma visão negativa da liberdade, para se transformar em um ambiente de resgate da importância ética.

Exemplo disso é o Código Civil brasileiro de 2002, fruto de um amadurecimento da antiga legislação, datada de 1916, e que confirma o sentido social que a Constituição Brasileira tenta estruturar nas relações, após cerca de vinte e quatro anos de uma ditadura militar.

Miguel Reale foi o coordenador-geral do Código Civil de 2002, tendo demonstrado que três princípios basilares orientaram o projeto, devendo também pautar as relações jurídico-privadas ali estabelecidas:

O primeiro deles, é o princípio da socialidade, que faz levar em conta que devem “prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana” (REALE, 2017).

O segundo, o princípio da eticidade, é exteriorizado pela faculdade do juiz de suprir lacunas e também de resolver com valores éticos, quando for assim previsto, ou quando a regra jurídica for deficiente ou injustável à especificidade do caso concreto (REALE, 2017).

O novo código buscou não se apegar aos rigores normativos e a causalidade das ciências naturais, mas a existência de um conjunto de valores éticos que devem ser empregados na valoração das normas abstratas. Assim, no Código de 2002, tentou não prevalecer a “a crença na plenitude hermética do Direito Positivo, sendo reconhecida a imprescindível eticidade do ordenamento”.

Vinculado a estes princípios, Migueal Reale, curiosamente também apegado as tríades, aponta o princípio da operabilidade, de modo que o Código que rege as relações privadas seja menos apegado a normas fechadas (tipologias fixas de relações jurídicas), mas em normas abertas, que facilitam a aplicação do direito e a busca da solução mais justa.

O intuito do presente trabalho não é se aprofundar na principiologia do Código Civil de 2002 brasileiro. Todavia, um breve resumo de suas bases demonstra o inevitável: as relações de direito privado, atualmente, não são mais tão aprofundadas em um caráter negativo da autonomia privada, esforçando-se em se embasar na realidade social, na eticidade que engloba as instituições e, por fim, em ser efetiva.

As legislações modernas, de um modo geral, trazem um aparato normativo formado por cláusulas gerais e normas indeterminadas, que muitas vezes dependem de exemplificações e da análise concreta para que sejam compreendidas e efetivadas.

A juridificação e objetivação das relações é mitigada, ao passo que os sujeitos nem sempre tem uma certeza quanto aos direitos existentes. O direito, até então pressuposto, passa a depender de uma avaliação de valores e do caso concreto para se efetivar.

Aponta-se como exemplo a relação do filme *Kramer vs. Kramer*, citada por Honneth em sua obra. O verdadeiro jogo de xadrez formado pelos ex-cônjuges e seus advogados fizeram com que fosse deixado de lado a real importância do que estava sendo levado ao juízo: a guarda do filho e o interesse do menor.

Na perspectiva atual do direito, sobretudo nas relações de direito privado, tal como apresentadas pelo filme, vislumbra-se reconhecer que o ordenamento jurídico, de fato, não deve ser colocado como um “fim em si mesmo de todo agir”, onde o que se discute é apenas o fato da pessoa ser um sujeito dotado de direitos; o direito passa a ser visto segundo a sua finalidade, que é regular as relações sociais.

Esse aspecto da eticidade, da socialidade e da operabilidade fica ainda mais aparente quanto se analisa, no caso da legislação brasileira, o emprego dos citados conceitos abertos, que se amoldam perfeitamente à realidade e às normas postas nas relações sociais institucionalizadas: a observância da boa-fé nas relações contratuais, a função social da propriedade, a probidade nas relações, o equilíbrio ecológico, histórico e artístico etc.⁷

⁷ No Código Civil, são exemplos de artigos que tratam expressamente de conceitos abertos e que melhor exteriorizam os princípios citados:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitem ao puro arbítrio de uma das partes.

Art. 128. Sobrevindo a condição resolutiva, extingue-se, para todos os efeitos, o direito a que ela se propõe; mas, se oposta a um negócio de execução continuada ou periódica, a sua realização, salvo disposições em contrário, não tem eficácia quanto aos atos já praticados, desde que compatíveis com a natureza da condição pendente e conforme aos ditames da boa-fé.

Art. 164. Presumem-se, porém, de boa-fé e valem os negócios ordinários indispensáveis à manutenção do estabelecimento mercantil, rural ou industrial, ou a subsistência do devedor e de sua família.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Como dito, as legislações modernas, com o fito de se tornarem mais efetivas, deixam de lado a necessidade de esgotar no texto legal as hipóteses de relações existentes na realidade (em tipologias fechadas, como se fosse possível esgotar, em textos, a complexidade das relações humanas) e intenta concentrar-se em conceitos que podem se amoldar ao tempo, como em uma verdadeira e literal “reconstrução normativa”.

Conceitos como “boa-fé”, “função social”, “probidade”, dentre outros, embora estejam tipificados e muitas vezes regulamentado em hipóteses expressas (p.ex. usucapião rural, art. 1.239, CC/2002), são dispostos propositalmente em toda sua ambiguidade e vagueza, a fim de que o sentido que lhes são conferidos evolua ou regrida de acordo com as práticas aceitas nas instituições. Assim, esses conceitos poderiam não ser “fixados pela própria teoria, mas pelo círculo dos afetados” (HONNETH, 2009, p.352).

A “função social” da propriedade é um claro exemplo de como é possível, pelas legislações modernas, amoldar normas abstratas a uma noção de liberdade social, onde a autonomia seja sinônimo de reconhecimento recíproco entre sujeitos; onde um esteja em relação com outros e que estão igualmente dispostos a nos valorizar da mesma maneira como devemos valorizá-los (HONNETH, 2009, p.354).

Aliás, como bem afirmam Farias e Rosenvald (2008, p.198), a função social é inerente a todo direito subjetivo, compreendido como o poder que possui um indivíduo para exigir a satisfação de um interesse próprio. Assim ensinam os civilistas:

Art. 242. Se para o melhoramento, ou aumento, empregou o devedor trabalho ou dispêndio, o caso se regulará pelas normas deste Código atinentes às benfeitorias realizadas pelo possuidor de boa-fé ou de má-fé.

Art. 286. O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação.

Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou defenda. §1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. §2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem. §3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente. § 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse interrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável numero de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante. Art.

1.239. Aquele que não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como sua, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra em zona rural não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-à a propriedade.

“a evolução social demonstrou que a justificação de um interesse privado, muitas vezes é fato de sacrifício de interesses coletivos. Há muito, não mais se admite que a satisfação de um bem individual seja obtida ‘às custas da desgraça alheia’. Portanto, ao cogitarmos a função social, introduzimos no conceito de direito subjetivo a noção de que o ordenamento jurídico apenas concederá o merecimento à persecução de um interesse individual, se este for compatível com os anseios sociais que com eles se relacionam”.

Indo além, é possível harmonizar as esferas do reconhecimento, dispostas na segunda parte da obra de Honneth, com a sua regulação por meio do direito, mediante o conceito da função social.

Como fora explicitado anteriormente, Honneth, relendo os ensinamentos de Hegel, demonstra que a liberdade do indivíduo somente se opera havendo o reconhecimento recíproco em três esferas principais das relações sociais: na esfera das relações íntimas, no mercado e no Estado.

No que tange ao direito privado, interessam as esferas das relações familiares e do mercado. No direito de família, a função social faz com que se avalie a finalidade da entidade familiar, dirigindo-se à promoção dos direitos da personalidade de seus membros, a formação saudável da prole e a consolidação da solidariedade entre os participantes (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p.199).

Em relação ao direito das obrigações e o contratual, reconhece-se que os contratos também produzem efeitos em relação a terceiros e à sociedade, impondo-se deveres anexos de cooperação; ao mesmo passo, “a sociedade também deve cooperar com os contratantes, havendo um dever geral de abstenção no sentido de ser vedado a um terceiro a prática de atos que frustrem a execução de uma relação negocial em andamento” (HONNETH, 2015, p.199).

Como bem se observa, o direito cria condições para que se desenvolva um reconhecimento recíproco, assim como proposto por Honneth com a liberdade social e bem resumido por Reich: “os indivíduos se dão conta que vivem em uma sociedade no interior da qual seus anseios e objetivos têm que complementar àqueles de seus parceiros de interação. Eu reconheço o outro porque suas finalidades ecoam na minha própria vida e sou reconhecido porque minhas escolhas complementam as escolhas de meu parceiro social” (REICH, 2013, p.146).

Não basta haver o reconhecimento do sujeito como entidade jurídica; ou melhor, o reconhecimento de uma autonomia privada relacionada tão somente em uma concepção negativa da liberdade, em que minhas ações são embasadas apenas nos meus interesses, ou numa visão reflexiva, onde minhas ações são reflexos de minhas escolhas racionais. É necessário que reconheça que minhas ações (e direitos) são complementos e atingem a esfera

de terceiros. Esta visão de direitos que transcendem a esfera pessoal, assumindo uma “função social”, é claramente a aceitação de um reconhecimento recíproco: tenho direitos, pois eles são reconhecidos e atingem a todos sem prejudicá-los.

6. O Direito como possibilidade de liberdade: os instrumentos de solução de litígios no Estado Democrático de Direito Brasileiro

Thiago Aguiar Simim cita uma entrevista de Honneth após escrever “O Direito da Liberdade”, onde o autor parece reconhecer a necessidade de uma revisão das três esferas de reconhecimento, destacando o direito e a moral como outras duas esferas, totalizando cinco (2016, p.654).

O direito e a moral, de um lado, representariam a *possibilidade da liberdade*. Entretanto, do outro lado, precisam ser complementadas pelas práticas da vida real, institucionalizadas nas relações pessoais, no mercado e na formação da vontade política, para dar *efetividade à liberdade*.

Esta suposta revisão, na verdade, apenas ratifica o que Honneth buscou defender em seu “Direito da Liberdade”, segundo o qual as esferas da liberdade jurídica e da liberdade moral não são suficientes, por si só, para realizar um ideal de liberdade social.

Contudo, é importante notar que estas subdivisões demonstram que as práticas da vida real não são suficientes se, antes, não houver instituições formadoras de normas jurídicas ou de normas morais. Isso porque, não seria possível *efetivar* a liberdade se não há um aparato que torne *possível* o exercício dela.

A simbiose entre direito e realidade se torna mais clara com o tradicional exemplo da civilística brasileira sobre o “jogo do bicho”. Há uma clara discrepância entre o direito e a realidade social: enquanto a lei estabelece a ilegalidade do jogo, em qualquer esquina é possível apostar, não havendo nem mesmo uma fiscalização rigorosa sobre a prática.

Com o exemplo, demonstra-se que as relações entre direito e realidade são recíprocas: do mesmo modo em que o direito não é o suficiente para ter a liberdade, constantemente as práticas serão ameaçadas se discordarem das normas jurídicas. Embora o jogo do bicho seja aceito na realidade social, a qualquer instante a prática pode ser coibida.

É neste ponto que ganha relevância um elemento que é essencial e exclusivo ao Direito: a existência de um aparato estatal com força impositiva de suas normas. No direito privado, os meios de solução de litígios, onde serão aplicadas as normas de direito civil material, tais como aquelas expostas no tópico anterior.

O Direito possui procedimentos comunicativos que tornam possível a aplicação, a realização e o reconhecimento de direitos, que não precisa ser unicamente por meio da clássica visão do processo judicial litigioso, representado por jogos de estratégia em que o único objetivo é uma decisão judicial proferida por um julgador imparcial.

No Brasil, o sistema jurídico tem se adequadado ao modelo constitucional-democrático e, como efeito, social. Em 2015, foi promulgada a Lei n.13.105, veiculando o novo Código de Processo Civil, que claramente incentiva a utilização de outros métodos, que não exclusivamente o processo litigioso, a fim de que as demandas sejam resolvidas pelo meio que for mais adequado às relações intersubjetivas discutidas em juízo. Tem-se como exemplo a possibilidade de solução consensual, por meio da mediação e da conciliação⁸.

O Código tenta distanciar-se de seu caráter tecnicista e objetificante das relações sociais, com o fito do processo deixar de ser um fim em si mesmo, para retornar a assumir sua real finalidade de dar a tutela justa e efetiva àqueles que procuram o Poder Judiciário. O processo assume a compreensão de que nas relações intersubjetivas há mais do que direitos envolvidos.

De idêntico modo como ocorreu com o Código Civil, o processo judicial tenta se conciliar com os valores da pós-modernidade e esculpido na Constituição brasileira, sendo expressamente orientado pela boa-fé, pela busca de decisão de mérito justa e efetiva, pelo zelo do efetivo contraditório, pela dignidade da pessoa humana⁹.

⁸ Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código. (...) § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. §3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. § 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça. § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. § 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

⁹ Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé. Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

O movimento de constitucionalização, sobretudo do ordenamento brasileiro, exige uma nova postura no processo judicial, a fim de se adaptar a um ideal de Estado Democrático de Direito, tornando-se ambiente propício para a participação democrática, onde os sujeitos auxiliam na tomada das decisões.

A figura do juiz deixa de ser aquela autoritária e conhecedora de toda lei e passa a dialogar com autores e réus, assumindo o dever de garantir os debates e de reconhecer o direito das partes de influenciarem na tomada de decisões para, ao fim, levar em consideração as manifestações dos sujeitos envolvidos, com o escopo de oferecer a tutela justa e efetiva ao que foi discutido no processo (ZANETI JR. 2014, p.180).

Assim, contesta-se o modelo de um juiz que é mero aplicador da lei (juiz “boca-de-lei), arraigado à concepção de um Estado Liberal, marcado pela fiel separação dos poderes, pelo positivismo jurídico e pela autonomia de vontade (ZANETI JR. 2014, p.149), em que era idealizado um processo despreocupado com os aspectos sociais e como instrumento de efetivação de direitos, mas preocupado na idealização de uma ciência processual construída por regras próprias (MAZZEI, 2014).

O modelo processual clássico, diga-se de passagem, remonta à Revolução Francesa e a exacerbada desconfiança da elite burguesa em relação ao Poder Judiciário, até então subordinado aos mandos e desmandos da nobreza. Com isso, erigiu-se o estrito respeito à lei como sinônimo de segurança jurídica, limitando-se o juiz a aplicar a legislação¹⁰, independente da realidade circundante.

No modelo liberal positivista, a atuação do juiz resumia-se em declarar a vontade do legislador. A norma jurídica, na concepção kelsiana, era preexistente a aplicação da lei, de sorte que os pronunciamentos judiciais não criavam ou constituíam normas, mas apenas as declaravam, nos limites da moldura estabelecida pelo legislador (ABBOUD; CAVALCANTI, 2015, p.353).

Percebe-se que as críticas de Honneth parecem se relacionar diretamente a este modelo processual clássico, em que as partes se dirigem a um juiz neutro, reivindicando direitos abstratamente impostos e aguardando uma decisão que o aplique ao caso analisado.

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

¹⁰ “A vinculação do juiz à lei... tinha como propósito direto garantir a neutralidade do juiz e a segurança da uniforme aplicação do direito... Para o cidadão, visava eliminar os atos de vontade que pudessem tendencialmente resultar em arbítrio, limitando a jurisdição ao mero conhecimento da lei. Para o juiz, visava à independência decisória de pressões externas, atingindo também, como efeito colateral, o alvo da irresponsabilidade judicial pelo conteúdo decisório” (ZANETI JR., 2014, p.169).

Por outro lado, a socialidade nas relações de direito privado e o modelo de processo atual dialogam diretamente com o Estado Democrático de Direito, ultrapassando as barreiras de um Estado Liberal e individualista, que talvez tenha sido o objeto de análise de Honneth.

A realidade do direito brasileiro demonstra a simbiose que há entre direito e realidade social. Entretanto, a cultura do litígio, do modelo processual clássico, ainda é manifesta nas relações intersubjetivas, o que nos leva a seguinte conclusão e indagação: o direito assume meios adequados para atender a realidade social. Mas será que a realidade social se encontra preparada para assumir essa nova realidade jurídica?

7. Conclusões: Do Direito da Liberdade à Liberdade do Direito

As críticas de Honneth quanto à juridificação da liberdade são extremamente relevantes. De fato, a liberdade vinculada ao direito apenas será legítima forma de liberdade se dialogar com as instituições de reconhecimento e permitir que, dentro do ambiente processual, haja os debates necessários para que sejam tomadas decisões à luz do caso concreto.

Portanto, a legitimidade das decisões, que aplicam as normas de direito material civil, está vinculada à uma justificação (fundamentação) com base nos fatos e nas alegações das partes, onde o reconhecimento apenas será recíproco – ainda que imposto por uma decisão – se houver a consideração das falas dos sujeitos envolvidos, desde que atendendo as finalidades do direito e dialogando com as normas que regem as esferas de reconhecimento.

Com efeito, a ideia de um “direito da liberdade” vinculada a uma “liberdade do direito”, ou melhor, a ideia de uma liberdade social vinculada a conceitos e a aparatos jurídicos e estatais (liberdade jurídica) somente é legítima se, dentro dos meios estatais de solução de litígios e de reconhecimento de direitos (processos judiciais, administrativos, mediações, conciliações), for considerada a realidade social e reconhecida outras instituições que englobam as relações intersubjetivas.

O Direito, única instituição formada por um aparato com força impositiva, permanece sendo a instância que possibilita a liberdade, mas que, somente terá efetividade e legitimidade, se complementada pelas outras formas de práticas da vida em sociedade.

8. Referências Bibliográficas

- ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do Novo Código de Processo Civil a partir do paradigma do pós-positivismo. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 245, 2015, p.351-377.
- ADORNO, Theodor W, HORKHEIMER, Max. *A dialética do esclarecimento*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1995.
- AGOSTINHO. *A verdadeira religião*, 39, 72. APUD: Nós agostinianos > carisma interioridade: a busca de Deus. Disponível em: <http://www.osabrazil.org/interioridade_carisma.htm>. Acesso em: 19 jan. 2017.
- BERLIN, Isaiah. *Quatro ensaios sobre a liberdade*. Tradução: Wamberto Hudson Ferreira. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.
- CAMPELLO, Filipe. Do reconhecimento à liberdade social: Sobre 'O direito da liberdade', de Axel Honneth. *Cadernos de Ética e Filosofia Política*. São Paulo: USP, n.23, 2013, p. 186-197.
- CAUX, Luiz Philipe Rolla de. A reconstrução normativa como método em Axel Honneth. *Peri*. Florianópolis, v. 7, n.2, p. 83-98, 2015.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos reais*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- HONNETH, Axel. A textura da justiça. *Civitas*. Porto Alegre, v. 9, n.3, set./dez. 2009, p. 345-368.
- _____. *O direito da liberdade*. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2015.
- _____. O eu no nós: reconhecimento como força motriz de grupos. *Sociologias*. Porto Alegre: UFRGS, ano 15, n. 33, mai./ago. 2013, p. 56-80.
- LIMA, Erick Calheiros de. Intersubjetividade, Direito e Educação: Sobre a leitura hegeliana do “Direito Natural” de Fichte. *Dois Pontos*. Curitiba, v. 4, n.1, p.63-106, 2007.
- MAZZEI, Rodrigo. Breve história (ou ?estória?) do direito processual civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo civil de 1973. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Belo Horizonte, ano 12, v. 16, 2014, p. 194-195.
- REALE, Miguel. *Visão Geral do Projeto do Código Civil*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/vgpcc.htm>>. Acesso em: 19 jan. 2017.
- REICH, Evânia Elizete. DAS RECHT DER FREIHEIT, DE AXEL HONNETH. *Griot*, v. 07, n.1, jun./2013, p. 144-148.
- SAAVEDRAA, Giovani Agostini; SOBOTTKA, Emil Albert. Introdução à teoria do reconhecimento de Axel Honneth. *Civitas*. Porto Alegre, v.8, n.1, jan./abr, 2008.

SIMIM, Thiago Aguiar. A justiça das instituições sociais: Uma crítica da reconstrução normativa de O direito da Liberdade de Axel Honneth. *Civitas*. Porto Alegre, v. 15, n.4, p. 648-663, 2016.

SOBOTTKA, Emil Albert. Liberdade, reconhecimento e emancipação: raízes da teoria da justiça de Axel Honneth. *Sociologias*. Porto Alegre: UFRGS, ano 15, n. 33, mai./ago. 2013, p. 142-168.

ZANETI JR., Hermes. *A Constitucionalização do Processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.